

Persoonlijk en vertrouwelijk
ProRail B.V.
T.a.v. de heer P.T.H Timmermans
Voorzitter auditcommissie raad van commissarissen
Postbus 2038
3500 GA Utrecht

12 juni 2015

Referentie: 30138978F072/2015-0192/mvdv

Betreft: Covering letter onderzoek aanbesteding ProRail

Geachte heer Timmermans,

Naar aanleiding van ons onderzoek naar de aanbesteding van spooronderhoudscontracten door ProRail B.V. (hierna: 'ProRail') en in aanvulling op onze rapportage van 11 juni 2015 sturen wij u hierbij een samenvatting toe. Deze kunt u gebruiken in uw overleg met de raad van commissarissen van ProRail en met het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: 'ministerie van IenM').

Deze samenvatting is geen vervanging van ons rapport. Ten behoeve van eventuele besluitvorming verwijzen wij u naar ons gehele rapport (referentie: 30138978F072/2015-0190/gevd). Ons rapport, inclusief de daarin opgenomen samenvatting, bevat verwijzingen naar personen waardoor openbaarmaking vanwege privacygevoelige aspecten op bezwaren stuit. De raad van commissarissen heeft de afdeling Forensic Services van PricewaterhouseCoopers Advisory B.V. (hierna: 'PwC') daarom verzocht de bestaande samenvatting uit de rapportage te anonimiseren en naar eigen inzicht in te korten.

Indien u naar aanleiding van deze brief een nadere toelichting wenst, zijn wij daartoe uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,
PricewaterhouseCoopers Advisory N.V.

drs. A.J. Mikkers RA
Partner Forensics

PricewaterhouseCoopers Advisory N.V., Thomas R. Malthusstraat 5, 1066 JR Amsterdam, Postbus 9616, 1006 GC Amsterdam
T: 088 792 00 20, F: 088 792 96 40, www.pwc.nl

pwc

Samenvatting

01 De raad van commissarissen (hierna ook: 'rvc') van ProRail B.V. heeft naar aanleiding van een memo van de compliance officer van 5 november 2014 PwC verzocht onderzoek te verrichten naar de totstandkoming van vier pilotcontracten inzake prestatiegericht onderhoud (hierna: 'PGO'). PwC heeft gedurende de periode januari tot begin mei 2015 onderzoek verricht door het houden van gesprekken met (oud-)medewerkers van ProRail en het verzamelen en analyseren van documenten over dit onderwerp. De door ons verrichte werkzaamheden houden geen assurance-werkzaamheden in.

02 PwC heeft haar bevindingen op 11 juni 2015 aan ProRail gerapporteerd. Deze samenvatting is geen vervanging van het rapport van PwC. Voor een goed beeld van de PGO-problematiek en de daarmee samenhangende context dient kennis genomen te worden van het volledige rapport.

03 Deze samenvatting beschrijft uitsluitend op hoofdlijnen: 1. Context, 2. Aanbesteding en gunning pilots, 3. Looptijd van de pilots, 4. Prijsontwikkeling van de pilots, 5. Besluitvorming en compliance wet- en regelgeving en 6. Vrijwaringen en ervaringen medewerkers.

1. Context

04 ProRail, opgericht in 2005, is in Nederland (vrijwel) de enige opdrachtgever op het gebied van spooronderhoud. De markt is beperkt tot één opdrachtgever en drie, later vier, opdrachtnemers.

05 Na de opsplitsing van de Nederlandse Spoorwegen (hierna: 'NS') in 1994 zijn de spooronderhoudswerkzaamheden ondergebracht bij een drietal commerciële bedrijven. In 1997 zijn voor alle 37 contractgebieden zogenoemde Output Proces Contracten (hierna: 'OPC-contracten') met de onderhoudsaannemers afgesloten met een looptijd van vijf jaar. Na 2002 werden deze contracten jaarlijks verlengd. De OPC-contracten zijn gebaseerd op gerealiseerde output.

06 Stijgende kosten en achterblijvende kwaliteit waren voor ProRail aanleiding om prestatiegericht onderhoud te introduceren waarbij de aannemer verantwoordelijk werd voor de kwaliteit en beschikbaarheid van het spoor. Het eerste PGO-contract is in 2007 aanbesteed. In de jaren 2007 – 2012 zijn in totaal acht gebieden aanbesteed.

07 In de gebieden waar PGO-contracten waren geïntroduceerd, daalden de kosten voor het onderhoud van het spoor significant ten opzichte van de OPC-contracten. Naar aanleiding van drie specifieke aanbestedingen ontstond binnen ProRail het idee dat aanbiedingen van de onderhoudsaannemers mogelijk niet realistisch waren. Tussen ProRail en de vier onderhoudsaannemers heeft in 2012 op verschillende momenten overleg plaatsgevonden over de ontstane situatie, resulterend in een convenant d.d. 26 september 2012 (hierna: 'convenant 2012'), waarbij onderhoudsaannemers aan ProRail hebben verzocht abnormaal lage inschrijvingen te laten toetsen op commerciële haalbaarheid. De onderhoudsaannemers zouden de uitkomst van de toets accepteren.

08 Na het sluiten van het convenant 2012 is de aanbesteding van één regio ingetrokken en opnieuw aanbesteed. Deze aanbesteding werd gewonnen door een relatieve nieuwkomer op de markt voor spooronderhoud. De zittende onderhoudsaannemer heeft over deze uitkomst (publiekelijk) bezwaren geuit.

pwc

09 Door een aantal externe deskundigen is vervolgens een 'audit' uitgevoerd naar de vraag of de huidige wijze van PGO-contractering en -aanbesteding bijdraagt aan een veiliger, betrouwbaarder en meer kosteneffectief spoor. Deze audit heeft geleid tot een tweede convenant d.d. 26 augustus 2013 (hierna: 'convenant 2013') en een startnotitie d.d. 23 augustus 2013 (hierna: 'startnotitie'). Zowel het convenant 2013 als de startnotitie zijn door interne en externe juristen getoetst op compliance met aanbestedings- en mededingingswetgeving.

10 In de startnotitie en het convenant 2013 is een viertal speerpunten opgenomen, zijnde (i) het opzetten van een kennis- en opleidingscentrum, (ii) databasemanagement, (iii) contractering en verbetervoorstellen PGO-contract en (iv) operationele samenwerking.
Deze speerpunten zijn vervolgens in zogenoemde transitiekamers uitgewerkt door vertegenwoordigers van alle marktpartijen, inclusief ProRail. De afgesproken wijzigingen ten aanzien van de speerpunten zouden vervolgens worden 'geoefend' in zogenoemde pilots. De overgang naar een nieuwe manier van samenwerken tussen de vier onderhoudsaannemers en ProRail werd het 'transitieproces' genoemd, onder meer resulterende in PGO 3.0-contracten.

11 Om de doelstellingen te realiseren, is een stuurgroep opgezet en is een programmaraad benoemd. De stuurgroep bestond uit leden van de directie van ProRail en vertegenwoordigers van de directies van de aannemers[1], alsmede de programmaleiding en een secretaris. De programmaraad bestond uit vertegenwoordigers van ProRail, vertegenwoordigers van de directies van de onderhoudsaannemers[2], een onafhankelijke voorzitter en een secretaris.

12 Bij de start van de stuurgroep in mei 2013 waren drie van de vier directieleden van ProRail tevens lid van de stuurgroep. In de loop der tijd is de samenstelling van de stuurgroep gewijzigd, maar gedurende de gehele periode hebben ten minste twee directieleden er deel van uitgemaakt. Volgens betrokkenen werden onderwerpen die in de stuurgroep werden behandeld, voorafgaand aan de stuurgroep-vergadering besproken in de directie. Discussies die (vervolgens) in de stuurgroep werden gevoerd werden, naar verluidt, in de directievergaderingen niet opnieuw gevoerd.

13 Volgens de startnotitie zet de stuurgroep de kaders uit waarbinnen de programmaraad uitvoering kan geven aan het transitieproces. De voorzitter van de programmaraad rapporteert in de stuurgroepvergaderingen over de voortgang van het transitieprogramma en doet voorstellen ter besluitvorming. De programmaraad is niet zelfstandig bevoegd tot het nemen van besluiten.

14 De directie van ProRail is in 2013 en 2014 intensief bij het PGO 3.0-proces betrokken geweest. De rvc is gedurende het PGO 3.0-proces in meer of mindere mate geïnformeerd. Het zwaartepunt van de informatieverstrekking aan de rvc lijkt echter in de tweede helft van 2014 te liggen.

15 Bij diverse medewerkers van ProRail bestond vanaf het begin van het proces (toenemende) weerstand tegen de ingeslagen weg van PGO 3.0. Deze medewerkers waren van mening dat het convenant 2013 en de startnotitie niet compliant zijn met aanbestedings- en mededingingswetgeving. De directie en het hogere management was van mening dat het PGO 3.0-programma in de historische context moest worden geplaatst met een erfenis uit het verleden, waarbij ProRail op dat moment in een langjarige transitie zat, op een aantal punten nog niet compliant was, maar dat wel sprake was van duidelijke verbeteringen. ProRail was volgens hen op weg naar een toekomstbestendige en compliant situatie.

[1] Zijnde de moedermaatschappijen van de vier onderhoudsaannemers.
[2] Onderhoudsaannemers zijn de drie dan wel vier aannemers die spooronderhoud mogen uitvoeren op basis van een accreditatie van ProRail.

pwc

2. Aanbesteding en gunning pilots

16 De startnotitie omschrijft de reden voor het uitvoeren van een pilot als volgt: '*In Q1 2014 worden vier pilot gebieden omgezet naar PGO 3.0. Doel is het testen van de inhoudelijke plannen, contracten, uitvoerbaarheid transitie etc. Uitkomst is een definitieve versie van het contract, bewijs dat omzetten kan en 'lessons learned' voor de aanbestedingsfase.* [...]' De stuurgroep besluit op 9 september 2013 dat de pilots betrekking hebben op de OPC-gebieden Wadden, Twente, Den Haag en op het PGO-gebied Gelre waardoor alle vier onderhoudsaannemers aan een pilot kunnen deelnemen.

17 In de periode januari – juli 2014 zijn twee onderhandse enkelvoudige aanbestedingsprocedures gestart op basis van de aanbestedingsrichtlijn nutsbedrijven d.d. 28 maart 2013 (hierna ook: 'ARN 2013'). In januari 2014 is de eerste aanbestedingsprocedure voor de vier pilotcontracten gestart. De contracttermijn was in de eerste aanbestedingsprocedure 3,5 jaar. Deze aanbestedingsprocedure is in mei 2014 (vroegtijdig) afgebroken, omdat de directie tijdens de aanbestedingsprocedure heeft besloten de looptijd van de pilotcontracten te verlengen naar tien jaar. Vervolgens is in mei 2014 een tweede aanbestedingsprocedure gestart. De contracttermijn voor de tweede aanbestedingsprocedure was tien jaar.

18 ProRail beschikte, in tegenstelling tot de zittende onderhoudsaannemer, niet over gedetailleerde, actuele en betrouwbare informatie over de staat van onderhoud van de rail- en kunstwerken-infrastructuur, inclusief resterende werkeenheden (degeneratiecurve) en daaruit volgende vervangingsmomenten. Zonder dat deze informatie aan de andere onderhoudsaannemers ter beschikking werd gesteld, hadden deze een kennisachterstand ten opzichte van de zittende aannemer en hadden zij dus niet adequaat kunnen inschrijven. Een belangrijke overweging om elke aannemer een eigen pilotgebied te gunnen was om hen 'aan boord' te houden en zodoende de kennis van de onderhoudsstaat van elk van de onderhoudsaannemers collectief beschikbaar te krijgen. Naar wij begrijpen, is vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief informatieachterstand geen reden om tot (enkelvoudige) onderhandse gunning over te gaan. De aanbestedende dienst moet zorgdragen voor voldoende '*level playing field*' en bewerkstelligen dat de zittende opdrachtnemer niet wordt bevoordeeld ten opzichte van de overige gegadigden. ProRail had een opdracht in de markt kunnen zetten 'tot inventarisatie van de staat van onderhoud'.

19 Medewerker van ProRail hadden het gevoel dat ProRail met de enkelvoudige onderhandse aanbesteding van de pilots een stap terugzette op de weg naar volledige compliance, omdat eerdere PGO-contracten meervoudig waren aanbesteed. Op basis van richtlijn 2004/17/EG moeten contracten die betrekking hebben op diensten bij nutsbedrijven met een waarde van meer dan € 414.000 Europees worden aanbesteed. De directie en de programmaleiding zijn echter van mening dat de pilot-projecten in een groter geheel moesten worden beschouwd en onderdeel uitmaken van een traject waarbij ProRail in de periode 2014 – 2017 volledig compliant zou worden op het gebied van Europese aanbesteding.

20 ProRail besloot een 'concurrentie-element' bij de onderhandse aanbesteding in te bouwen, waardoor een vorm van marktwerking kon worden gerealiseerd. Er is een systeem van zogenoemde grenswaarden bedacht die als marktconform werden beschouwd. Deze grenswaarden zijn gedurende de aanbestedingsprocedures door middel van nota's van inlichtingen gecommuniceerd aan de onderhoudsaannemers. Indien en voorzover de aanbieding van de onderhoudsaannemers slechter zou zijn dan de grenswaarden en hoger dan de op basis van deze waarden berekende maximale evaluatieprijs, zou het gebied openbaar worden aanbesteed.

pwc

21 Twee van de vier pilotgebieden werden in mei 2014 in één keer succesvol aanbesteed. De derde aanbesteding is afgebroken en de vierde is mislukt verklaard. ProRail heeft bij deze twee aannemers geïnformeerd waarom boven de norm was geboden dan wel waarom de akkoordverklaring niet was ondertekend. Vervolgens zijn (nieuwe) aanbiedingen gedaan door de twee betreffende onderhoudsaannemers en zijn de pilotcontracten alsnog gegund.

22 In het convenant 2013 en de startnotitie is vastgelegd dat ProRail ultimo 2017 compliant wil zijn met de aanbestedingswetgeving. De uitgangspunten zoals verwoord in het convenant 2013 en de startnotitie zijn door interne en externe juristen getoetst. Deze toetsing heeft geleid tot aanpassingen in het conceptconvenant 2013 en de conceptstartnotitie. Tevens waren de directie, de raad van commissarissen en vertegenwoordigers van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: 'ministerie van IenM') op de hoogte van de uitgestippelde route en waren zij hiermee akkoord. Dit overigens wel onder de premisse dat ProRail uiterlijk eind 2017 compliant zou zijn en niet pas, gelet op looptijd pilots van tien jaar, in 2024. Voorafgaand aan het PGO 3.0-programma heeft ProRail tevens contact gehad met de Autoriteit Consument en Markt (hierna: 'ACM'). Naar wij begrijpen, heeft de ACM niet inhoudelijk gereageerd op het convenant 2013 en de startnotitie. De ACM wilde afstand houden om haar toezichthouden taak te kunnen uitvoeren.

3. *Looptijd pilotcontracten*

23 De toenmalige OPC-contracten zijn aangegaan voor een periode van vijf jaar. Sinds 2002 worden de contracten (die op dat moment nog niet zijn aanbesteed) jaarlijks verlengd. Vanaf 2007 zijn de onderhoudswerkzaamheden in diverse gebieden als PGO-contracten voor vijf jaar aanbesteed.

24 In de startnotitie wordt geen einddatum van de PGO-contracten genoemd. Wel vermeldt de startnotitie dat op grond van vooraf vastgestelde en transparante criteria vanaf eind 2017, na afloop van het convenant 2013, jaarlijks de twee of drie slechtst presterende gebieden zouden worden aanbesteed. Hoewel de betrokkenen bij het PGO 3.0-programma verschillende visies hebben op de beoogde termijn voor de vier pilotcontracten, heeft de combinatie van het convenant 2013 en de startnotitie geleid tot de interpretatie bij ProRail dat de looptijd van de pilots 3,5 jaar zou bedragen. De eerste aanbestedingsprocedure in januari 2014 betrof daarom pilotcontracten met een looptijd van 3,5 jaar.

25 Van sommige betrokkenen hebben wij begrepen, dat het naar hun mening juridisch niet mogelijk was om contracten aan te gaan zonder vooraf vastgestelde einddatum. Binnen de organisatie was eerder al de discussie ontstaan over de ideale looptijd van onderhoudscontracten. Diverse betrokkenen zijn van mening dat tienjarige contracten een groter deel van de onderhoudscyclus van het spoor beslaan en daarom de onderhoudsaannemers meer ruimte geven om te investeren en te innoveren. Een aantal betrokkenen vindt een looptijd van tien jaar te lang. De directie heeft besloten de pilotcontracten een contracttermijn van tien jaar te geven. Het principe dat de twee of drie slechtst presterende contracten ieder jaar worden aanbesteed, is niet opgenomen in de huidige pilotcontracten, maar naar wij begrijpen, evenmin losgelaten. Mogelijk dat dit principe in toekomstige PGO-contracten alsnog wordt opgenomen waardoor de contracten een looptijd hebben van *maximaal* tien jaar.

pwc

26 Diverse betrokkenen hebben opgemerkt dat zij niet achter een tienjaarstermijn voor de pilotcontracten staan, omdat de pilotcontracten niet meervoudig zijn aanbesteed. Een aantal betrokkenen is echter van mening dat de pilotcontracten gelijk moeten zijn aan de uiteindelijke PGO 3.0-contracten om de pilots zo realistisch mogelijk te laten zijn. Uit de notulen van de directievergaderingen en gesprekken met (voormalige) directieleden blijkt niet dat het gevolg van langere pilotcontracten, namelijk het feit dat ProRail langer dan beoogd ten tijde van het aangaan van het convenant 2013 en de startnotitie niet compliant zou zijn, een rol heeft gespeeld in de besluitvorming.

4. *Prijsontwikkeling pilotprojecten*

27 Ten behoeve van de aanbestedingsprocedure voor de pilotcontracten zijn door een kostendeskundige van de afdeling Aanbestedingszaken, Kostenmanagement en Inkoop (hierna: 'AKI') verwervingsramingen gemaakt. Een verwervingsraming bestaat uit een prijs- en een hoeveelheidscomponent. De hoeveelheidscomponent bestaat uit een aantal maatgevende indicatoren en is per gebied verschillend. Voor het opstellen van een verwervingsraming maakt de kostendeskundige voor de prijscomponent gebruik van data van aanbiedingen van voorgaande aanbestedingen om de verwachte prijs te ramen.

28 In samenspraak met het hogere management hebben een aantal tracémanagers een alternatieve berekening gemaakt. Binnen onder meer de directie van ProRail bestaat het gevoel dat de door AKI gemaakte raming niet leidt tot een reële prijs voor de werkzaamheden. Dit gevoel is met name gevoed door het feit dat de eerdere aanbestedingen een steeds verdere daling van het prijspeil lieten zien tot zo'n 50 procent. Volgens een aantal betrokkenen is het niet goed voor ProRail noch voor de onderhoudsaannemers dat deze dalende tendens zou worden voortgezet. Geen van de betrokkenen buiten de afdeling AKI heeft ons op dezelfde wijze als de kostendeskundige kunnen uitleggen hoe de verwervingsraming van de kostendeskundige precies tot stand is gekomen of op basis van welke informatie zij tot de conclusie zijn gekomen dat de raming van AKI niet reëel is. Het idee dat een alternatieve berekening noodzakelijk was lijkt daarmee meer gebaseerd op een gevoel van de betrokkenen dan op onderbouwde feiten.

29 De tracémanagers hebben op basis van hun ervaringen inzake de prijsdaling die zich heeft voorgedaan bij de wijziging van OPC- naar PGO-contract in één gebied een schatting gemaakt van de verwachte mogelijke prijsdaling voor de vier pilots. Management en de tracémanagers verwachtten dat een daling van per saldo 35 procent ten opzichte van de bestaande OPC-contracten haalbaar was. De verwachte daling is, naar wij begrijpen, marginaal getoetst door een vergelijking van de uitkomst van de schatting met één ander gebied.

Na een eerste uitleg van de ramingssystematiek door medewerkers van de afdeling AKI heeft volgens betrokkenen geen overleg plaatsgevonden tussen de kostendeskundige en de tracémanagers over de verschillende berekeningen. ProRail is van haar gebruikelijke ramingssystematiek afgeweken en heeft anderen dan de kostendeskundigen gevraagd een inschatting te maken van een reële prijs voor de pilotcontracten. Het ligt voor de hand dat deze inschatting vervolgens samen met of door kostendeskundigen, zou zijn getoetst en vergeleken zou zijn met de verwervingsraming van AKI. Wanneer overeenstemming zou zijn bereikt tussen de directie, de kostendeskundigen en de tracémanagers over een reële prijs voor de pilots, zou dat meer draagvlak hebben gecreëerd.

pwc

30 Op verzoek van het management heeft een externe toetsing van de ramingssystematiek van AKI plaatsgevonden. Het rapport van de externe deskundige concludeert dat de basis voor de (kwantitatieve) grenswaarde het kostenmodel van AKI moet zijn, omdat dit model goed is onderbouwd. De externe deskundige merkt hierbij op dat overwogen kan worden in eerst instantie de grenswaarden voor het maandbedrag te verhogen, in de vorm van een ingroeiperiode. Het rapport kwantificeert de grenswaarden niet.

31 Zowel ten behoeve van de eerste als de tweede aanbestedingsprocedure zijn de maximummaandbedragen en dezelfde kwalitatieve grenswaarden in nota's van inlichting gedeeld met de onderhoudsaannemers. Naar wij begrijpen, is het noodzakelijk dat ProRail de maximumprijs met de onderhoudsaannemers deelt, omdat het anders niet mogelijk zou zijn direct een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten in geval de onderhoudsaannemer een minder goede aanbieding zou hebben gedaan dan ProRail bereid zou zijn te accepteren.

32 Uit de ons ter beschikking gestelde informatie blijkt niet dat *expliciet* overleg heeft plaatsgevonden met de onderhoudsaannemers over de prijs van de vier pilotcontracten. Wel is door het overleggen respectievelijk toezeggen aan een aannemer dat treinvrije periodes zoals opgelegd, de eerste vijf jaar, niet strikt zullen worden gehandhaafd impliciet gesproken over een geldswaarde-vertegenwoordigend element in de prijs.

5. Besluitvorming en compliance wet- en regelgeving

33 De suggestie om de vier pilots een-op-een aan te besteden is, naar wij begrijpen, in mei 2013 gedaan in een bijeenkomst van de latere leden van de stuurgroep.

34 In de week voorafgaand aan het sluiten van het convenant 2013 en de startnotitie heeft ProRail juridisch advies ingewonnen bij haar externe juridische adviseur. Uit dit advies volgde dat de teksten van het conceptconvenant 2013 en de -startnotitie moesten worden aangepast om (meer) compliant te zijn met aanbestedings- en mededingingswetgeving.

35 Betreffende het transitieproces zoals dat is verwoord in het convenant 2013 en de startnotitie is voor direct betrokkenen altijd duidelijk geweest dat dit niet-compliant is met de aanbestedingswetgeving, maar dat het onderdeel uitmaakte van een programma waarbij ProRail ultimo 2017 voor het spooronderhoud compliant wilde zijn met deze wetgeving.

36 In februari 2014 heeft in de directievergaderingen overleg plaatsgevonden over de contracttermijn van de pilotcontracten. In de directienotulen van de vergadering van 25 februari 2014 is betreffende de tienjarige pilotcontracten onder meer opgenomen dat een aantal beheermaatregelen moest worden genomen: na vijf jaar evaluatie en eventueel na 3,5 jaar de slechtst presterende op de markt brengen. Gegeven deze overwegingen en nadere toelichting in het voorstel kan het directieteam zich volgens de notulen vinden in het voorstel voor een contracttermijn van tien jaar. Uit de directienotulen blijkt niet of het gevolg van een langere contracttermijn voor de pilotcontracten, namelijk het feit dat ProRail daarmee op zijn vroegst medio 2024, in plaats van ultimo 2017, compliant zou zijn met de (aanbestedings)wetgeving ten tijde van het besluit een rol heeft gespeeld bij de besluitvorming.

37 De beheermaatregelen zoals deze in de voorgaande alinea zijn benoemd, zijn niet op zodanige wijze in de pilotcontracten opgenomen. De uitwerking van deze beheermaatregelen, die noodzakelijk werden geacht ten tijde van het nemen van het directiebesluit, is derhalve (nog) niet gerealiseerd.

pwc

38 Uit de aan ons ter beschikking gestelde directienotulen blijkt niet dat het voornemen om de berekeningssystematiek van de kostendeskundige te wijzigen naar de systematiek van de tracémanagers is voorgelegd aan de directie of onderdeel is geweest van de besluitvorming. Wij hebben geen vastlegging gevonden van een directiebesluit om de financiële grenswaarden zoals bepaald door de tracémanagers als uitgangspunt voor de aanbesteding te nemen.

39 Gelet op de notulen van de rvc-vergaderingen is het PGO-dossier meerdere malen besproken. Uit de notulen van de rvc-vergaderingen blijkt niet dat er specifiek gesproken is over een looptijd van tien jaar voor de PGO- en pilotcontracten en de (interne discussie binnen ProRail over de) kostprijzen van de pilotcontracten. Uit de aan ons ter beschikking gestelde notulen blijkt dat het zwaartepunt van de betrokkenheid van de rvc bij het PGO 3.0-programma ligt in het vierde kwartaal 2014, dus na de totstandkoming van de vier pilotcontracten, wanneer wordt gesproken over mogelijke een-op-een aanbesteding van bestaande PGO-contracten.

40 Vertegenwoordigers van ProRail hebben op verschillende niveaus overleg over diverse onderwerpen met vertegenwoordigers van het ministerie van IenM. Nadat in augustus 2013 het convenant 2013 en de startnotitie zijn ondertekend, heeft ProRail beide documenten op 29 augustus 2013 naar de staatssecretaris van het ministerie van IenM gestuurd. Uit vastleggingen van diverse overleggen met vertegenwoordigers van het ministerie van IenM blijkt dat in het najaar van 2013 diverse malen is gesproken over de voortgang van het PGO 3.0-programma. De directeur Bedrijfsstrategie stuurt de directeur Openbaar vervoer en Spoor van het ministerie van IenM op 30 juli 2014 de eerste kwartaalrapportage 'PGO verbeteraanpak' toe. In een bijlage bij deze rapportage wordt opgemerkt dat de looptijd van de pilotcontracten tien jaar is. Uit de correspondentie tussen ProRail en het ministerie van IenM blijkt echter niet dat expliciet is besproken dat de weg naar compliance langer zal duren als gevolg van het verlengen van de contracttermijn van de pilotcontracten.

41 Betreffende het PGO 3.0-programma heeft in september 2013, op initiatief van ProRail een overleg plaatsgevonden met de ACM. Ter voorbereiding op dit gesprek heeft ProRail het convenant 2013 en de startnotitie toegestuurd aan de ACM. Uit een vastlegging van het gesprek blijkt dat de ACM in principe niet in de rol wil stappen om ProRail te adviseren met betrekking tot de invoering van prestatiegericht onderhoud en graag afstand wil bewaren om toezicht te kunnen houden. Uit de ons ter beschikking gestelde gegevens blijkt niet dat *na* september 2013 nog overleg heeft plaatsgevonden met de ACM.

6. Vrijwaringen medewerkers

42 Ten behoeve van het PGO 3.0-programma zijn drie verschillende vrijwaringsverklaringen verstrekt door de directie van ProRail.

43 In augustus 2013 heeft een medewerker van ProRail en lid van de programmaraad een vrijwaring gekregen. De vrijwaring betreft een aanvulling op de arbeidsovereenkomst en vrijwaart de betreffende medewerker van ProRail van onherroepelijke door de ACM opgelegde boetes, als gevolg van het handelen van de medewerker in het kader van het transitieproces.

44 Aan circa tien medewerkers zijn in januari 2014 door de directie getekende vrijwaringen verstrekt. In de vrijwaringsverklaring is opgenomen dat de desbetreffende medewerker aan de gedragscode van ProRail heeft voldaan door de directie erop te wijzen dat mogelijk aanbesteding- of mededingingsrechtelijke bezwaren bestonden tegen het PGO 3.0-programma. Een interne jurist van ProRail heeft opgemerkt dat hij de vrijwaringsverklaring overbodig vond, maar heeft deze wel beoordeeld en in orde bevonden.

pwc

45 In verband met het staken van de eerste aanbestedingsprocedure en het starten van een tweede aanbestedingsprocedure voor tienjarige pilotcontracten, hebben medewerkers van ProRail in mei 2014 een aanvulling op de vrijwaring uit januari 2014 ontvangen. In deze vrijwaringsverklaring is eveneens opgenomen dat de betreffende werknemer aan het gestelde in de gedragscode heeft voldaan. De aanvulling op de vrijwaringsverklaring van januari 2014 is ondertekend door de directie en aan (ten minste) zes medewerkers verstrekt.

46 De eerste en de daaropvolgende vrijwaringsverklaringen zijn om verschillende redenen verstrekt. Inzake de eerste vrijwaring vond de interne jurist van ProRail het destijds van belang dat leden van de programmaraad een vrijwaring zouden krijgen, in verband met hun rol in het transitieproces waarbij contacten met onderhoudsaannemers over verbeteringen in het PGO-proces werden onderhouden. De latere twee vrijwaringen zijn verstrekt op verzoek van een aantal medewerkers, omdat zij zich niet senang voelden met het transitieproces waarin ProRail zich bevond. Dit is mogelijk gevoed doordat de medewerkers niet over alle (relevante) informatie beschikten of doordat zij op individueel contractniveau naar de situatie keken.

47 Een aantal leden van de directie is van mening dat de laatste twee vrijwaringen niet noodzakelijk waren anders dan om iedereen binnen boord te houden en voortgang te maken. De directieleden die wij hebben gesproken, beschouwen hun besluitvorming in de context van het volledige transitieproces, terwijl medewerkers van uitvoerende afdelingen bij ProRail voornamelijk de individuele aanbesteding voor ogen lijken te hebben. In de visie van de (toenmalige) directie zit ProRail namelijk in een transitieproces van een non-compliant naar een compliant situatie. Gedurende het transitieproces is ProRail op een aantal punten niet compliant, maar het doel van het transitieproces was om ultimo 2017 alle contracten te hebben aanbesteed.

7. Slotbeschouwing

48 In de voorgaande paragrafen is een samenvatting gegeven van feiten en bevindingen waarmee een antwoord is gegeven op de gestelde onderzoeksvragen. Tijdens ons onderzoek is een beeld ontstaan dat wij relevant achten en u, in het kader van de door ons nagestreefde toegevoegde waarde, niet willen onthouden.

49 ProRail is naar zijn aard, en terecht, een sterk technisch georiënteerde organisatie, die in een wat verder liggend verleden afkomstig is uit een (semi-)overheidsorganisatie. Hoewel nu in principe een commerciële organisatie, is het DNA van een ambtelijke organisatie nog zichtbaar. ProRail functioneert in een imperfecte markt feitelijk als schakel tussen één grote cliënt (NS) en een aantal kleinere enerzijds en een beperkt aantal (eerst drie nu vier) aanbieders op het gebied van spoornieuwbouw en -onderhoud anderzijds.

50 Geconstateerd moet worden dat ProRail, voor wat betreft de aanbesteding van onderhoudscontracten, gedurende langere tijd niet compliant is. Mede onder druk van toezichthouders is ProRail een transitieproces gestart om compliant te worden. De aanbesteding van onderhoudscontracten gaat gepaard met een andere wijze van werken: de verantwoordelijkheid over welke onderhoudswerkzaamheden met welke frequentie moeten worden uitgevoerd, ligt in de nieuwe situatie bij de opdrachtnemer in plaats van de eerdere wijze van werken waarbij de opdrachtgever werkinstructies geeft. Dit vereist een adequaat inzicht in de actuele staat van het onderhoud en de restcapaciteit van de infrastructuur die bij een aanbesteding voor alle (potentiële) opdrachtnemers toegankelijk moet zijn.

pwc

51 Bijzonder is het feit dat ProRail zelf in het verleden niet beschikte over actuele en gedetailleerde informatie over de staat van onderhoud en de resterende capaciteit van het onder haar beheer vallende spoorwegennet. De onderhoudsaannemers beschikten wel over deze informatie. Elk van de onderhoudsaannemers beschikte over informatie betreffende de eigen gebieden. De informatie werd, naar wij begrijpen, door de onderhoudsaannemers verstrekt aan ProRail, maar ProRail kon feitelijk niets doen met de informatie. Concurrerende onderhoudsaannemers hadden bij een aanbesteding daarmee geen of een onvoldoende level playing field met de zittende onderhoudsaannemers vanwege een kennisachterstand. Teneinde de onderhoudsaannemers te bewegen de beschikbare technische detailgegevens via ProRail ook aan de concurrenten ten beschikking te kunnen stellen, is de modus van de transitiekamers met pilots bedacht. Een ander niet-onbelangrijk punt is dat binnen ProRail een omslag gemaakt moest worden van het geven van werkinstructies (OPC) naar het maken van prestatieafspraken (PGO).

52 Voor deze majeure veranderingen (van instructie naar prestatie en aanbesteden in plaats van onderhands gunnen) is een programma in het leven geroepen wat in opzet tot het gewenste resultaat van compliance zou leiden. Feit hierbij is wel dat in de pilotfase op het laatste moment een wijziging heeft plaatsgehad in de ontbindingsclausule welke ging van kwaliteit naar kalender. Deze wijziging heeft binnen ProRail vragen opgeroepen over de compliance van de organisatie met wet- en regelgeving.

53 Voor wat betreft de interne beheersing is het opvallend dat door meerdere verantwoordelijken dringende signalen voor wat betreft non-compliance zijn afgegeven, maar dat daarmee geen alarmbellen zijn afgegaan, edoch gepareerd werden met vrijwaringsverklaringen. Door het afgeven van de vrijwaring erkent een organisatie feitelijk dat zij in overtreding is en dat dus ook van haar medewerkers vraagt hieraan mee te werken maar hen – voor zover dat juridisch al haalbaar is – zal vrijwaren tegen mogelijke gevolgen. Overigens was de directie van mening dat ProRail met de ingeslagen weg binnen afzienbare termijn wel compliant zou zijn. Er zijn meerdere sessies besteed om de 'critici' te overtuigen dat de ingeslagen weg, naar verluidt, de enige mogelijke optie was. Dit is niet gelukt. Ook dit had een teken aan de wand moeten zijn. Kennelijk is de directie er niet in geslaagd het 'grotere plaatje' bij de medewerkers op het uitvoerende niveau over de bühne te krijgen. Mogelijk had het de directie geholpen indien zij had verwezen naar steun voor haar besluitvorming (voor zover aanwezig) vanuit het ministerie van IenM en toezichthouders.

54 De vraag komt op wie het bij ProRail nu eigenlijk voor het zeggen heeft. Is dat de organisatie zelf c.q. haar leiding of zijn dat de aannemers? Dit wordt versterkt door het feit dat de (onderhouds)aannemers individueel dan wel gezamenlijk de weg naar het ministerie van IenM weten te vinden en daar ook een platform krijgen. Het had in de rede gelegen dat het ministerie van IenM op meerdere momenten beleefd doch gedecideerd naar de directie van ProRail had doorverwezen. Op het moment dat de directie van ProRail geconfronteerd wordt met (onderhouds)aannemers die rechtszaken tegen haar als opdrachtgever beginnen en daarnaast 'bovenlangs' via het ministerie van IenM een luisterend oor krijgen, is het duidelijk dat niet de directie van ProRail het voor het zeggen heeft, maar het collectief van (onderhouds)aannemers en het ministerie. Voor de (onderhouds-) aannemers geen oncomfortabele positie.

55 Beide punten, het onvoldoende inzicht hebben in de technische staat en (onderhouds)aannemers die een platform bij het ministerie van IenM krijgen, maakt dat, naar onze mening, ProRail onvoldoende in control kon zijn.

pwc

56 De overgang van OPC- naar PGO-contracten is een logische en op basis van de eerste gegunde contracten kostenefficiënte ontwikkeling gebleken. De gerealiseerde besparing is aanzienlijk en beweegt zich in de orde van grootte van dertig tot vijftig procent. Op verschillende niveaus en in verschillende gesprekken is het belang van een duurzame relatie met de (onderhouds)aannemers benadrukt. Hetgeen zich laat vertalen in langetermijn-commitment met goed vakmanschap tegen een faire prijs. Koste wat kost wilde de directie van ProRail voorkomen dat een aannemer door een te lage calculatie in een continuïteitsdruk terecht zou komen en er nog minder aanbieders dan het toch al beperkte aantal van vier zouden overblijven. Bijzonder is het dat ProRail zelf de aanbiedingen van een aantal onderhoudsaannemers niet heeft geaccepteerd als marktconform, met als argument 'dit kan niet waar zijn'. Dit werd mede gevoed door uitlatingen van concurrerende onderhoudsaannemers die, onder het mom van verkeersveiligheid, om het hardst riepen dat dergelijke lage prijzen inderdaad niet konden en er niet voor terugdeinsden deze discussie via de media breed uit te meten. Ook hier komt de vraag weer op wie het bij ProRail, als beheerder van het onderhoudsbudget, nu eigenlijk voor het zeggen heeft.

57 Intern is met hulp van externe commissies en adviseurs veel capaciteit gestoken in de overgang van OPC- naar PGO-contracten. Het ministerie van IenM is terzake, naar wij begrijpen, doorlopend op de hoogte gehouden en geïnformeerd. Onnavolgbaar is het naar onze mening, dat feitelijk over night de looptijd van de eerste vier onderhands aanbestede PGO 3.0-contracten verlengd werd van 'tot het eind van de pilotperiode eind 2017' naar 'tien jaar vanaf het moment van sluiten van het contract'. De eerste vier PGO 3.0-contracten zijn medio 2014 getekend, waarmee ProRail dus in ieder geval tot medio 2024 niet compliant is. In augustus 2013 heeft de staatssecretaris, naar wij begrijpen, de Tweede Kamer anders geïnformeerd, namelijk compliant zijn vanaf eind 2017. Of na augustus 2013 nog een actualisering heeft plaatsgehad is ons niet bekend.

58 Wij adviseren de directie en commissarissen van ProRail dringend te (her)bevestigen wat de propositie van ProRail in de keten van actoren op het spoor is en de daarbij behorende taken daadkrachtig ter hand te nemen. Met het ministerie van IenM als subsidiënt zullen afspraken moeten worden gemaakt wie over welke onderwerpen gaat en dat ook consequent na te leven. Tot slot geven wij u in overweging een onderzoek te laten verrichten naar de rationale van inhousing van operationele executieve onderhoudscapaciteit.